

El precedente colombiano*

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA**

Resumen

El precedente en el ordenamiento colombiano, como principio general en el cual se apoyan los jueces para dictar sus decisiones, tanto en materia constitucional como en materia contencioso administrativa, no es uno solo, corresponde actualmente a dos corrientes, que generan tensión y conflicto, en un permanente «choque de trenes».

Palabras clave: Sentencia de la Corte Constitucional. Precedente constitucional. Jurisprudencia. Efectos de la sentencia. Consejo de Estado.

Sumilla

1. Introducción
2. El precedente contencioso administrativo

* El presente trabajo, hace parte de la línea de investigación en historia de las instituciones - I, que el autor desarrolla dentro del grupo de investigación en derecho, ética e historia de las instituciones «Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé», dirección de investigaciones de la rectoría de la Universidad de La Sabana. vigente desde enero 30 de 2016, registro din-hum-052/2015. Corresponde a una versión resumida y reducida de la conferencia impartida ante el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en el III Congreso internacional sobre derecho y justicia constitucional: «Carácter vinculante del precedente constitucional» 12-14 de octubre de 2016, salón Malecón Terrace, hotel Sheraton Santo Domingo en la República Dominicana.

** Abogado, con estancia posdoctoral en Derecho Constitucional como becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España; estancia posdoctoral en Historia en la Universidad del País Vasco como becario de AUIP; doctor *Magna Cum Laude* en Derecho Canónico; es magíster en Relaciones Internacionales y magíster en Derecho Canónico y posee especializaciones en Bioética, Derechos Humanos, Derecho Administrativo y Gestión Pública, Liderazgo Estratégico Militar, Gestión Ambiental y Desarrollo Comunitario y, Derecho Constitucional. Es el director del Programa de Humanidades en la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad de La Sabana (Colombia), donde es profesor ssoiciado y director del Grupo de Investigación en Derecho, Ética e Historia de las Instituciones «Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé». Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Correo electrónico: hernan.olano@unisabana.edu.co.

1. Introducción

Este es un trabajo más bien descriptivo que analítico, en el cual se pretende mostrar cual es el uso del precedente en el ordenamiento colombiano, tanto en materia constitucional como ahora en materia contencioso administrativa, debido a la importancia que el mismo ha adquirido en todas las jurisdicciones que tienen su competencia en este país, siendo hoy en día una de las principales fuentes del derecho positivo nacional, pero también, del «dualismo judicial» (López, 2016, p. 13), que implica un continuo «choque de trenes»; esto, debido a que «La doctrina del precedente, pues, se mueve hoy en día entre el mundo de la resolución masificada de conflictos y el interés de llevar los principios constitucionales al derecho ordinario. Estos dos objetivos no están en relación lógica de contradicción, pero han avanzado en el derecho colombiano por el esfuerzo de élites y proyectos políticos diversos que, al día de hoy, no están plenamente reconciliados» (López, 2016, p. 30).

En Colombia, como respuesta a la congestión de la rama judicial, desde el año 2010, al expedirse la ley 1395 (Ley de Descongestión Judicial y de manera especial su artículo 114) y, en los primeros días de enero de 2011, al promulgarse la ley 1437 (nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), la discusión que se había tenido desde la década de 1990 en cuanto a la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales vuelve a tomar valor, por considerárseles también la «razón de la decisión», y componente inherente de la actividad judicial dentro del Estado de derecho; por tanto, con el presente estudio acerca de los precedentes constitucional y contencioso administrativo, buscamos establecer si este último es ya autónomo con base en las nuevas disposiciones legales, o si por el contrario sigue estando supeditado al principal y más efectivo precedente utilizado hoy en día en Colombia dentro de ese debate del foro, el precedente constitucional.

La figura del precedente se remonta a Inglaterra, donde sir William Black Stone (*Blackstone*), tuvo el mérito de ser uno de los primeros de ocuparse de esta figura en sus comentarios a las leyes inglesas observando la necesidad de atenerse a las *established rules* o reglas establecidas para mantener la balanza de la justicia en su fiel. Sin embargo, ese sistema, de origen anglosajón, fue muy criticado cuando comenzó a utilizarse en Colombia, pues cuando se decía que los jueces debían someterse al «imperio de la ley», se presuponía que quedaban excluidas la equidad, la doctrina y los principios generales del derecho y por supuesto, la jurisprudencia. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana dispuso que por la expresión «imperio de la ley», debía entenderse no solo en sentido formal la ley, sino también su interpretación, la cual se hace a través de la jurisprudencia, pretendiendo

crear un nuevo orden jurídico transformador y promotor de esta nueva fuente de derecho en nuestro ordenamiento, hasta el punto de considerarse que la plena certeza para interpretar la ley, es el uso del precedente y de ningún otro método de interpretación, pues las razones que sirven de sustento a las decisiones, aquello que vincula la parte considerativa de la sentencia con su parte Resolutiva, es decir, las *ratio decidendi*, como soluciones jurídicas a una solución fáctica particularmente estudiada, se han convertido en antecedentes vinculantes, es decir «a una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad» (Santofimio Gamboa, 2010, p. 24), más conocidos como *stare decisis*.

La Corte Constitucional colombiana, entre 1995 y 2001,

«en virtud del principio de igualdad, las personas tenían un derecho subjetivo público de rango constitucional (y, hoy en día, de hecho, un “derecho fundamental” reconocido) a que sus casos fueran resueltos de manera normativamente coherente con las decisiones anteriores que los jueces hubiesen expedido con respecto a los mismos temas. A la Corte Constitucional le interesaba la construcción de esta doctrina porque de esta manera podía amplificar el impacto social de sus decisiones de protección de derechos fundamentales, vinculando así a otros jueces y actores sociales al contenido obligatorio de sus fallos. Al hacer esta exigencia, la Corte Constitucional se sintió también en la obligación de mantener mayores niveles de coherencia interna (precedente horizontal) entre sus fallos, para poder generar un magisterio constitucional que fuera replicado por otros actores estatales y no estatales mediante el precedente vertical y el efecto horizontal de los derechos. Fue aquí mismo donde se empezó a hacer patente la necesidad de emprender estudios dinámicos de los precedentes para poder apreciar la formación (o no) de líneas jurisprudenciales bien establecidas en las que pudiera fundarse el derecho al trato jurídico igualitario que exigía la nueva doctrina» (López, 2016, pp. 16-17).

Sin embargo, no sería sino hasta en la sentencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla T-014 de 2009, cuando se explica la clasificación del precedente en los siguientes términos: «La jurisprudencia ha distinguido entre precedente horizontal, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro(a) de igual jerarquía funcional, y precedente vertical, que es el que proviene de un funcionario o corporación de superior jerarquía, particularmente de aquellas que en cada uno de los distintos ámbitos de la jurisdicción se desempeñan como órganos límite».

Es entonces importante reseñar, que las tendencias globales parecen indicar que la mayor parte de los países de nuestro continente convergen poco a poco en el sistema de precedentes vinculantes y estos juegan una importante misión en el proceso de creación de las demás decisiones judiciales en todas las ramas y ámbitos del derecho (Mendivil Guzmán, 2007, pp. 7-15) y, en cuanto al precedente administrativo o contencioso administrativo, que se desarrolla más adelante, este opera,

según la doctrina (Santofimio Gamboa, 2010, pp. 26-27), «en el ejercicio de la potestad discrecional y se basa, en el principio de igualdad de los administrados ante la Administración, en la necesidad de que esta trate igualmente a los que se encuentran en la misma situación»; por ende, «el precedente administrativo es, por lo tanto, aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares.»

Debemos recordar, sin embargo, que la importancia de las razones o motivaciones de la decisión, lo que en últimas sería el fundamento para el principio del precedente, ha sido expuesta por el primer presidente del Tribunal Constitucional de España, don Manuel García Pelayo: «Si extremando las cosas suele decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación» (Asbún Rojas, 2010).

Claro que, para el caso de Colombia, en la sentencia T-337 de 1995, la Corte Constitucional había ya advertido acerca del carácter no vinculante del precedente, al tenor de la siguiente consideración, que incluye el «patrón fáctico» (hechos de la demanda):

El precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la *ratio decidendi*, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica [...] De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerden con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente.

De ahí que en Colombia, prácticamente desde 1991, se haya venido dando una discusión sobre si las decisiones de la Corte Constitucional poseen o no el carácter de precedente y por eso, hemos estado sometidos los ciudadanos, en muchos temas, a las minorías, que son su sala plena, la cual, expresa su personal criterio en un país supuestamente pluralista, donde en repetidas ocasiones se da el «imponer a la nación entera un texto legal inexistente, contrario por lo demás a la Carta Magna, al cambiar o limitar el claro sentido de aquel declarado exequible de manera condicionada, y asumir así un papel que no le corresponde» (Olano García, 2006).

El magistrado mexicano Jaime Manuel Marroquín Zuleta (Marroquín Zuleta, 2008, p. 63), explica desde el movimiento jurídico norteamericano, que «la sentencia no es un silogismo ni desde el punto de vista psicológico, ni como complejo de ideas». Y lo justifica así:

Hace tiempo, se llevó a cabo una encuesta de alcance mundial entre jueces de todos los niveles pidiéndoles que expusieran el modo como funcionaba su mente al impartir justicia. Las contestaciones fueron muy parecidas. Al enfrentarse con el proceso,

se sentían como en un mar de tinieblas. Examinaban el asunto en todas sus fases. Súbitamente se hacía claridad y el juez sabía cómo sentenciar: aparecía el fallo en esbozo. En este boceto se contenía la decisión, los hechos probados debidamente calificados y la consideración de los mismos a la luz de la norma jurídica pertinente: Primero no había nada y luego un triángulo ya constituido y no formado por adhesión sucesiva de sus tres lados. Jerome Frank (realista norteamericano), denominó a este acto mental *hunch*, que equivale a «corazonada, premonición, presentimiento o latido». En realidad se trata de una clara intuición intelectual.

Como se ve, los anteriores argumentos tienden a demostrar, que la sentencia es un acto predominante volitivo, en la que el juzgador se ve obligado a hacer una serie de juicios axiológicos. Además, la parte esencial de la sentencia que es la decisión jurisdiccional, está determinada básicamente por un juicio de carácter intuitivo.»

Para Eduardo Sodero (citado por Tupayachi Sotomayor, 2009, p. 23), los precedentes según su origen pueden provenir de tribunales de extraña jurisdicción (nacional o extranjera), de la misma jurisdicción (jerarquía inferior, igual o superior), de tribunales supranacionales o internacionales, o finalmente, del propio tribunal («autoprecedente»).

Aunque el uso de los «Comunicados de Prensa» es continuo en la jurisdicción constitucional colombiana, (vergonzosa práctica a mi modo de ver, pues muchas veces pareciera que el fallo se construyera según la opinión posterior de periodistas y columnistas), la norma establece que la parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte, notificándose a través de edicto la decisión y remitiendo inmediatamente copia de la sentencia a la Presidencia de la República y al Congreso de la República.

Las sentencias serán publicadas con los salvamentos y aclaraciones en la Gaceta de la Corte Constitucional, para lo cual se apropiará en el presupuesto la partida correspondiente y dichas decisiones de la Corte corresponderán a una resolución judicial de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

Así, las decisiones definitivas de la Corte, poseen el efecto *erga omnes* y resuelven si la normatividad examinada se ajusta a la Carta o la desobedece o contradice. El exmagistrado José Gregorio Hernández (Hernández Galindo, 2010, p. 1283), aclara este concepto al decir que «en el primer supuesto, que implica una identidad entre la norma inferior y la superior (constitucionalidad), la Corte declara que el precepto es exequible (ejecutable); en la segunda hipótesis, que encierra el dictamen con fuerza jurídica en el sentido de la incompatibilidad entre el mandato subalterno y las reglas y los principios fundamentales (inconstitucionalidad), el Tribunal Constitucional declara que aquel es inexecutable (inejecutable), lo que significa excluir

la norma afectada por el fallo del sistema jurídico o, en otros términos, ordenar que deje de regir por atentar contra el imperio de la Constitución.»

Por otra parte, los artículos 14 al 19 del decreto 2591 de 1991, en Colombia, para el efectivo cumplimiento de los fallos de tutela, dicho decreto 2591 es reglamentario de esta acción¹, han establecido un procedimiento específico y concordante con el espíritu de las normas constitucionales que regulan la materia (artículos 86 y 241), pues, en palabras de la Corte, «no tendría sentido que en la Constitución se consagraran derechos fundamentales si, aparejadamente, no se diseñaran mecanismos por medio de los cuales dichos derechos fuesen cabal y efectivamente protegidos», en los términos de los artículos 33 a 36 del citado decreto, que se refieren a la selección de las decisiones por parte de una Sala compuesta por dos magistrados que acordarán qué sentencias serán decididas por salas de revisión de la Corte Constitucional y, las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas, surtiendo efectos en el caso.

Por su parte, al tenor de un Auto, el 010 de 2004, los artículos 23, 27 y 52 del mismo decreto 2591 se refieren al contenido que deben tener los fallos de tutela, a las garantías de su cumplimiento y a las sanciones derivadas de su eventual inobservancia.

Aquí debe precisarse las diferencias entre cumplimiento y desacato, que fueron fijadas por la Corte desde la expedición de la sentencia T-744 de 2003, en los siguientes términos:

- i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.
- ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.
- iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 23 y 27 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 57 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto el respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.
- iv) El desacato es a petición de parte interesada, el cumplimiento es de oficio, aunque,
- v) Puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.

Según la Corte, independientemente de las sanciones a que haya lugar, la autoridad judicial a quien corresponde velar por la eficacia y efectividad de la orden de tutela, está en la obligación —irrenunciable— de adelantar todas las gestiones pertinentes y de agotar cada uno de mecanismos judiciales que ofrece el ordenamiento jurídico,

¹ *Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi indicio quod sibi debetur.* En las Institutas, se lee que acción no es otra cosa que el derecho de reclamar en juicio lo que se me debe.

para lograr el objetivo de protección inmediata a que hace referencia específica el artículo 86 superior. El cumplimiento y el desacato son en realidad dos instrumentos jurídicos diferentes, que a pesar de tener el mismo origen —la orden judicial de tutela— y tramitarse en forma paralela, en últimas persiguen distintos objetivos: el primero, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales afectados, y el segundo, la imposición de una sanción a la autoridad que ha incumplido el fallo.

En consecuencia, tratándose del cumplimiento de la sentencia, «el juez analizará en cada caso concreto si se acató la orden de tutela o no, de manera que si la misma no ha sido obedecida o no lo ha sido en forma integral y completa, aquel mantiene la competencia hasta lograr su cabal y total observancia, aun a pesar de estar agotado el incidente de desacato».

Así las cosas, en materia constitucional el precedente judicial «está llamado a permanecer en cuanto especie de norma contentiva de parámetros de comportamiento constitucional. En este sentido, su no acatamiento o variación caprichosa puede ser fuente de arbitrariedad y, por lo tanto, de desconocimiento del ordenamiento jurídico y de las bases mismas del sistema jurídico positivo y, en consecuencia, cauce desmedido e incontenible de inseguridad jurídica» (Santofimio Gamboa, 2010, p. 40).

Y es que la misma Corte Constitucional ha controlado el valor y el respeto del precedente constitucional frente a órganos de otras ramas del poder público, como cuando en el ejemplo expresado por Carlos Bernal Pulido (2005, p. 183), los ponentes de la sentencia C-586 de 1995, declararon la inconstitucionalidad del artículo 112 de la ley 104 de 1993, por ser contrario al precedente que ya había decidido en la sentencia C-011 de 1994.

Otros casos del mismo resorte se presentaron, particularmente con la sentencia C-551 de 2003, cuando la Corte Constitucional expresó que el Congreso de la República tiene la facultad de reformar la Constitución, pero no el poder de sustituirla. Ahí vemos cómo en determinados casos, nuestra Corte Constitucional colombiana ha ido más que a decidir los asuntos que se debaten en ella, a fijar posiciones nomofiláticas² basadas más en el parecer de una corriente ideológica de ciertos magistrados que a la verdadera y justa aplicación del derecho.

Y, en el año 2006, la Corte Constitucional, a través de la sentencia T-292, expresó sin embargo algunas inquietudes acerca de la validez de un precedente, así:

26. En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿debe entenderse por precedente cualquier

² La nomofiláctica o nomofilaxis, se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso.

antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (*v. gr.* la *ratio* es diferente al *obiter dicta*). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la *ratio decidendi* de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la *ratio*. En otras palabras, si aplica tal *ratio decidendi* para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no:

- i. En la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.
- ii. La *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante.
- iii. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que «cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente».

Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya *ratio* conduce a una regla —prohibición, orden o autorización— determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.»

2. El precedente contencioso administrativo

Con la aparición de la ley 1395 de 2010, el precedente para actuaciones administrativas quedó incluido en ella el artículo 114, disposición en la que se establece lo siguiente:

Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, concriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

Así entonces se intenta desarrollar la obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales a través de la ley, aunque para algunos (Tamayo Jaramillo,

2010), esas normas contrarían el artículo 230 superior que establece expresamente el que la jurisprudencia es tan solo un criterio auxiliar de la actividad judicial y por tanto,

[...] esa obligatoriedad atenta contra la democracia cuando desconoce los textos normativos, para en su lugar aplicar la escala de valores de los magistrados. Pasamos del positivismo discrecional (imperio de la ley), a la aplicación mecánica de la jurisprudencia, [...] y entonces dijo la Corte, acudiendo sorprendentemente a la analogía penal, que los jueces que no aplicaran sus precedentes prevaricaban, pues la jurisprudencia y la ley eran lo mismo.

Otro temor se funda en la redacción del citado artículo 114 de la ley 1395 de 2010, donde se percibe el error de acudir a la idea de línea o reiteración de jurisprudencia, «que puede desencadenar efectos perversos, ya que, como la doctrina lo sostiene, si siempre se requiere más de un precedente en el mismo sentido, entonces se permite la existencia de oscilaciones en la aplicación de las normas por los órganos judiciales hasta asentar un criterio determinado en más de una decisión. Así, se acepta y justifica la existencia de supuestos en los que la jurisprudencia puede calificarse de «errática» o «no consolidada», con los efectos que ello tiene sobre la protección del principio de igualdad y, especialmente, de la seguridad jurídica» (Santofimio Gamboa, 2010, pp. 59-60).

La función del juez de lo contencioso administrativo, hasta 1991, era desempeñada mediante la interpretación de los principios constitucionales incluidos en la Carta de 1886 y la aplicación de la jurisprudencia que paulatinamente producía el Consejo de Estado y, hoy en día, su labor se encuentra enmarcada no solo en el texto superior, sino en leyes estatutarias y códigos que validan la supremacía de sus decisiones como órgano de cierre en la materia que la rige (Atehortúa Rizo, 2007, pp. 101-117).

Para el año 2012, debemos anotar una novedad que ya vamos a ver en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo CPACA, (Congreso de la República, 2011), adoptado por medio de la ley 1437 de 2011, el cual introduce el denominado «recurso extraordinario de unificación» en su artículo 10, con el propósito de darle aplicación estándar o uniforme a las normas y a la jurisprudencia por parte de las autoridades, las cuales aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos y que serán orientativos para que se pueda actuar bajo los contextos de seguridad jurídica, buena fe, igualdad y legalidad, como se desprende de una cita de Luciano Parejo Alfonso, (Santofimio Gamboa, 2010, p. 28).

Según Diego López Medina,

[...] el nuevo Código Administrativo diseñó e introdujo nuevos y más fuertes mecanismos procesales propios para obligar a las entidades administrativas a obedecer *ex ante* la doctrina judicial clara. En primer lugar le dio a los administrados un derecho de petición especializado en que le pueden solicitar directamente a las entidades administrativas la extensión de la doctrina judicial clara a su caso; forzándolas, cuando menos, a pronunciarse sobre el punto. Y adicionalmente estableció una acción ante el juez contencioso-administrativo donde este puede ordenar tal extensión de la jurisprudencia al caso concreto si la entidad la ha negado previamente. El Código, pues, busca evitar litigios; o, si no se pueden evitar, los convierte en investigaciones judiciales sumarísimas donde no se discute el fondo del asunto sino que se determina más bien si ese tipo de asuntos ya está bien cubierto por doctrinas judiciales claras y estables. Si es así, el juez ordena que la entidad administrativa aplique *ex ante* tal doctrina judicial (López, 2016, p. 28).

El recurso extraordinario de unificación, será entonces el principio conforme a derecho, sobre el cual se base en la legalidad del Código la invocación del precedente administrativo y, encuentra también fundamento en decisiones de la propia Corte Constitucional, cuando esta, en múltiples decisiones, como en la sentencia T-014 de 2009, observa que

[...] al emitir sus providencias, los jueces deben tomar en cuenta los precedentes existentes en relación con el tema, que pudieren resultar aplicables, especialmente aquellos que han sido trazados por las altas corporaciones judiciales que, en relación con los distintos temas, tienen la misión de procurar la unificación de la jurisprudencia. Hacer caso omiso de esta consideración puede implicar entonces la afectación de derechos fundamentales de las personas que de buena fe confiaban en la aplicación de los precedentes conocidos, entre ellos el derecho de acceder a la administración de justicia y el derecho a la igualdad, los cuales serían protegibles mediante la acción de tutela.

Sin embargo, como lo advierte un Consejero de Estado (Santofimio Gamboa, 2010, pp. 34-37),

[...] las escasas referencias al concepto de precedente administrativo, devienen de la generalización y extrapolación a la gestión y actividad administrativa, de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el concepto de precedente judicial o jurisprudencial derivados del concepto de doctrina probable latente en el marco material de la Constitución Política de 1991, institución retomada de los desarrollos judiciales anglosajones, y que fundada entre nosotros en los principios constitucionales de legalidad, igualdad, buena fe, pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados, reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad judicial coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por la Corte Constitucional, sin que dicho precedente sea inmutable, ya que la propia Corte Constitucional ha reconocido que «por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales» puede «modificar un precedente constitucional».

Un paso importante, ha sido ampliar el horizonte del precedente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin embargo, uno de los críticos a esta medida (Tamayo Jaramillo, 2010), dice que esta «mete al Consejo de Estado en una camisa de fuerza, dado el dinamismo conceptual de temas como la reparación directa y las acciones populares y de grupo. Han pasado varias décadas y el mismo Consejo no ha podido tener jurisprudencia pacífica en muchos de esos asuntos, dada la dificultad de esas instituciones y de la sana confrontación de doctrinas encontradas.»

Por eso, con ocasión de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado vuelve a tener la figuración que tuvo por muchos años hasta antes de que las sentencias de la Corte Constitucional se volvieran casi la única fuente válida de precedente para las autoridades, al de extender a nivel de precedente los efectos de las providencias adoptadas en el seno del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, lo que a mi juicio es un acierto, porque traza una ruta de acción a los jueces y a la administración y garantiza en esta rama del derecho la seguridad jurídica y la firmeza de sus decisiones, dándole consistencia y mucha posibilidad de coherencia a las nuevas decisiones que seguirán un derrotero fijado con anticipación y que conjugaría la aplicación de la ley con el uso certero de la jurisprudencia y de la teoría del precedente administrativo, «construido a partir de una particular evolución de la jurisprudencia constitucional, en donde se considera que la figura no es de exclusiva prédica de la actividad judicial del Estado, sino que envuelve y cobija, también, a otras autoridades determinadas, que deban proferir o dictar decisiones, como el caso indiscutible de las autoridades administrativas» (Santofimio Gamboa, 2010, pp. 48-49).

La tendencia actual es entonces la de conceder a los jueces de lo contencioso administrativo un papel protagónico en la creación e interpretación del derecho, siempre respetando los principios constitucionales de igualdad y buena fe, ofreciendo plena seguridad jurídica a los asociados mediante la fuerza vinculante de las decisiones administrativas que

[...] fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en Derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad» (Santofimio Gamboa, 2010, p. 51)

Así, el nuevo artículo, que apenas aparece en el ordenamiento el 24 de enero de 2011 y que tendrá vigencia solo a partir del 2 de julio de 2012, dice lo siguiente (Congreso de la República, 2011):

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

Y es que, de acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, en la sentencia C-537 de 2010, ha dicho que:

[...] no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo, la cual se establece en desarrollo de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar esta en situaciones específicas, en este caso se debe motivar el acto con razones suficientes por parte de la entidad supervisora.

Por su parte, de la lectura y análisis de esta novísima disposición, el único inconveniente será para algunos —no lo creo yo así—, la limitación que podrían tener tanto la administración, como los jueces para interpretar las disposiciones de nuestro ordenamiento, aplicar la ley y resolver los asuntos administrativos y jurisdiccionales que se someten a su consideración, o para llegar a confundir el precedente con la costumbre reiterada y las prácticas judiciales o administrativas históricas.

El único inconveniente estará dado en la valoración que haga el funcionario de la administración o el juez que van a aplicar la jurisprudencia, cuando consideren que el precedente es ilegal o abiertamente contrario a derecho y se vean expuestos a actuar en contra de su conciencia so pena de que al no acatar la jurisprudencia se vean expuestos a sanciones penales y disciplinarias.

Ese temor se origina en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, en los cuales esta ha advertido que los jueces que debido a la imperatividad de un antecedente jurisprudencial, se aparten de sus decisiones, podrían incurrir en prevaricato, aunque esa misma corporación, también ha aclarado en otras decisiones, que el solo hecho de desafiar sus fallos no es delito, «a menos que se trate de sentencias de control de constitucionalidad o que el desconocimiento de la jurisprudencia implique la infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general».

También cabe mencionar, que en el caso colombiano, aún está por analizarse un fenómeno que se ha producido en algunos otros ordenamientos y es que, existe la tendencia de citar las decisiones de cortes internacionales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para fundamentar decisiones que solo son del resorte interno, aspecto que hace parte de la creciente globalización de la cultura jurídica.

Sin embargo, no hay que desechar, para un estudio de investigación futuro, que así como se habla de bloque de constitucionalidad, también se debería hablar de un bloque de jurisdicción, en el sentido de que poco a poco los jueces deberían aplicar los precedentes originados en decisiones de tribunales con jurisdicción comunitaria (como para Colombia el Tribunal Andino de Justicia), supranacional, o internacional, para acatar responsablemente los compromisos internacionales y hacer vivas esas decisiones en cada ordenamiento de los países parte.

Y es que el adjetivo «vinculante», nos muestra la fuerza con que se proyecta la decisión para la solución futura de otros casos, en esencia muy parecidos al que estableció la secuencia jurisprudencial, de ahí que

[...] la referencia al efecto vinculante de un dato normativo, alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica... así las cosas, estamos ante un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional virtualmente se incorpora al Derecho objetivo, desplegando la fuerza general que le es inherente, y consecuentemente, obligando a todo operador jurídico a aplicarla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo (Rodríguez Santander, 2007, p. 57).

Retornando al tema preciso del artículo 230 superior, compartimos el parecer de muchos, que como Bernal Pulido, dicen que «es innegable que el significado común de la expresión «criterio auxiliar» es incompatible con la atribución de fuerza vinculante de la jurisprudencia», pues es cierto que en los ya casi veinte años transcurridos desde la expedición de la Carta de 1991, la jurisprudencia ha ganado puntos y es hoy día un factor esencial y decisivo en clave de interpretación y aplicación del derecho.

Referencias

- Asbún Rojas, J. A. (2010). Base constitucional del efecto vinculante de las resoluciones constitucionales. En V. Bazán (ed.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo* (Vol. II, p. 1383). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Atehortúa Rizo, Alexander (2007). Análisis del uso del precedente en fallos del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. *Precedente. Anuario Jurídico*, 2007.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos* (3 ed., Vol. 1). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Congreso de la República (2011). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (Vol. 1). (H. A. Olano García, ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Hernández Galindo, J. G. (2010). El papel de la Corte Constitucional en Colombia: defensa del derecho ciudadano a la Constitución. En V. Bazán, *Derecho procesal constitucional americano y europeo* (Vol. II). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- López Medina, Diego (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. *Precedente*, 7.
- Marroquín Zaleta, J. M. (2008). *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*. México, D.F.: Porrúa.
- Olano García, H. A. (2006). *Constitución Política de Colombia. Comentada y concordada*. Séptima ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Rodríguez Santander, R. (2007). *Estudios al precedente constitucional* (Vol. 1). En Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández Castro (coords.), *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano* (Vol. 1). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Sodero, Eduardo (2004). *Sobre el camino de los precedentes*. *Isonomía*, 21, Buenos Aires.
- Tamayo Jaramillo, J. (2010, 1 de noviembre). El precedente jurisprudencial obligatorio y el fin de la democracia en Colombia. *Ámbito Jurídico*, p. 12.
- Tupayachi Sotomayor, J. (2009). *El precedente constitucional vinculante en el Perú (Análisis, comentario y doctrina comparada)*. Arequipa: ADRUS.

- Colombia. Comisión Especial Legislativa. Decreto-Ley 2067 de 1991. En: www.noti.net
- Colombia. Comisión Especial Legislativa. Decreto-Ley 2591 de 1991. En: www.noti.net
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1395 de 2010. En: www.presidencia.gov.co
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. En: www.presidencia.gov.co
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia SU-1300 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-011 de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 47 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-586 de 1995, MM.PP. Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-267 de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-321 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-337 de 1995.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 2003, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-744 de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.